VISPĀRĒJĀS TIESAS SPRIEDUMS (otrā palāta)

2013. gada 14. maijā *

Kopienas preču zīme — Kopienas vārdiskas preču zīmes "fluege.de" reģistrācijas pieteikums — Absolūti atteikuma pamatojumi — Aprakstošs raksturs — Atšķirtspējas neesamība — Izmantošanas rezultātā iegūta atšķirtspēja — Regulas (EK) Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta b) un c) apakšpunkts un 2. un 3. punkts

Lieta T-244/12

Unister GmbH , Leipciga (Vācija), ko pārstāv *H. Hug* un *A. Kessler-Jensch*, advokāti,

prasītāja,

pret

Iekšējā tirgus saskaņošanas biroju (preču zīmes, paraugi un modeļi) (ITSB), ko pārstāv *D. Walicka*, pārstāve,

atbildētājs,

par prasību par ITSB Apelāciju pirmās padomes 2012. gada 14. marta lēmumu lietā R 2149/2011-1 par pieteikumu reģistrēt kā Kopienas preču zīmi vārdisku apzīmējumu "fluege.de".

VISPĀRĒJĀ TIESA (otrā palāta)

šādā sastāvā: priekšsēdētājs N. Dž. Forvuds [*N. J. Forwood*], tiesneši F. Deuss [*F. Dehousse*] (referents) un J. Švarcs [*J. Schwarcz*],

sekretārs E. Kulons [*E. Coulon*],

ņemot vērā prasības pieteikumu, kas Vispārējās tiesas kancelejā iesniegts 2012. gada 30. maijā,

ņemot vērā atbildes rakstu, kas Vispārējās tiesas kancelejā iesniegts 2012. gada 6. septembrī,

ņemot vērā, ka mēneša laikā no paziņošanas par rakstveida procesa pabeigšanu netika saņemts lietas dalībnieku pieteikums par tiesas sēdes rīkošanu, un tādēļ, uzklausot tiesneša referenta ziņojumu un piemērojot Vispārējās tiesas Reglamenta 135.a pantu, nolemjot izskatīt prasību bez procesa mutvārdu daļas,

pasludina šo spriedumu.

* Tiesvedības valoda – vācu.

Spriedums

Tiesvedības priekšvēsture

1 2011. gada 27. janvārī prasītāja *Unister GmbH* iesniedza Kopienas preču zīmes reģistrācijas pieteikumu Iekšējā tirgus saskaņošanas birojam (preču zīmes, paraugi un modeļi) (ITSB) saskaņā ar Padomes 2009. gada 26. februāra Regulu (EK) Nr. 207/2009 par Kopienas preču zīmi (OV L 78, 1. lpp.).

2 Reģistrācijai pieteiktā preču zīme ir vārdisks apzīmējums “fluege.de”.

3 Preces un pakalpojumi, attiecībā uz kurām tika pieteikta preču zīmes reģistrācija, ietilpst 25., 28., 35., 39., 41. un 43. klasē atbilstoši pārskatītajam un grozītajam 1957. gada 15. jūnija Nicas Nolīgumam par preču un pakalpojumu starptautisko klasifikāciju preču zīmju reģistrācijas vajadzībām.

4 No visām šīm precēm un pakalpojumiem šī prasība attiecas vienīgi uz pakalpojumiem, kas ietilpst 35., 39. un 43. klasē un atbilst šādam aprakstam (turpmāk tekstā – “strīdīgie pakalpojumi”):

— 35. klase: “reklāma; darījumu vadīšana; uzņēmumu pārvaldīšana; biroja darbi”;

— 39. klase: “transports; preču iesaiņošana un uzglabāšana; ceļojumu organizēšana”;

— 43. klase: “sabiedriskās ēdināšanas pakalpojumi (ēdināšana); viesu izmitināšana”.

5 Ar 2011. gada 22. augusta lēmumu pārbaudītājs saskaņā ar Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta b) un c) apakšpunktu noraidīja preču zīmes reģistrācijas pieteikumu attiecībā uz strīdīgajiem pakalpojumiem, jo pieteiktā preču zīme ir aprakstoša un tai nav atšķirtspējas.

6 2011. gada 17. oktobrī prasītāja, pamatojoties uz Regulas Nr. 207/2009 58.–64. pantu, iesniedza apelācijas sūdzību par pārbaudītāja lēmumu.

7 Ar 2012. gada 14. marta lēmumu (turpmāk tekstā – “apstrīdētais lēmums”) ITSB Apelāciju pirmā padome noraidīja apelācijas sūdzību, jo reģistrācijai pieteiktā preču zīme ir aprakstoša un tai nav atšķirtspējas.

Lietas dalībnieku prasījumi

8 Prasītājas prasījumi Vispārējai tiesai ir šādi:

— atcelt apstrīdēto lēmumu;

— piespriest ITSB atlīdzināt tiesāšanās izdevumus.

9 ITSB prasījumi Vispārējai tiesai ir šādi:

— noraidīt prasību;

— piespriest prasītājai atlīdzināt tiesāšanās izdevumus.

Juridiskais pamatojums

10 Savas prasības pamatojumam prasītāja būtībā ir izvirzījusi šādus trīs atcelšanas pamatus, pirmkārt, par Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunkta pārkāpumu, otrkārt, par šīs pašas regulas 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta pārkāpumu un, treškārt, par to, ka reģistrācijai pieteiktajai preču zīmei ir izmantošanas rezultātā iegūta atšķirtspēja.

Par pirmo pamatu par Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunkta pārkāpumu

11 Prasītāja apstrīd Apelāciju padomes secinājumu, saskaņā ar kuru reģistrācijai pieteiktā preču zīme ir aprakstoša. Vārds “fluege” esot vārdiska kompozīcija, kas nav ierasta vācu valodā, kurā esot vienīgi vārds “Flüge”, kurā ir burts “ü”, līdz ar to vārda “fluege” neierastās rakstības dēļ vidusmēra patērētājs uzskatīšot reģistrācijai pieteikto preču zīmi par komerciālas izcelsmes norādi.

12 Prasītāja uzskata, ka vidusmēra patērētājs ir ieradis, ieskaitot otrā līmeņa domēnu, ko veido sugas vārds, atrast interneta portālu, kuru izmanto viens vienīgs komerciālo pakalpojumu sniedzējs. Šajā gadījumā vārds “fluege” neesot pat sugas vārds, ņemot vērā tā neierasto rakstību. ITSB neesot ņēmis vērā to, ka kopš 2004. gada esot iespējams reģistrēt domēnu vārdus ar īpašiem burtiem, tādiem kā burts “ü”.

13 Pat ja konkrētā sabiedrības daļa reģistrācijai pieteikto preču zīmi uztvertu kā domēna vārdu, ar kuru tiek norādīts uz vācu interneta adresi, kurā tiek piedāvāti lidojumi, strīdīgajiem pakalpojumiem neesot nekādas saiknes vai pietiekamas saiknes ar lidojumu piedāvāšanu. Izskatāmajā lietā nepastāvot pieejamības prasība Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunkta izpratnē.

14 ITSB apstrīd prasītājas nostāju.

15 Ir jāatgādina, ka saskaņā ar Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunktu nereģistrē “preču zīmes, kas sastāv tikai no apzīmējuma vai norādes, kas tirdzniecībā var kalpot, lai norādītu veidu, kvalitāti, daudzumu, paredzēto nolūku, vērtību, preču ražošanas vai pakalpojumu sniegšanas ģeogrāfisko izcelsmi vai laiku un citas preču un pakalpojumu īpašības”. Turklāt Regulas Nr. 207/2009 7. panta 2. punktā ir paredzēts, ka “1. punktu piemēro arī tad, ja pamatojums reģistrācijas atteikumam pastāv tikai kādā Kopienas daļā”.

16 Saskaņā ar pastāvīgo judikatūru Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunkts nepieļauj situāciju, ka tajā minētie apzīmējumi vai norādes varētu tikt rezervēti tikai vienam uzņēmumam tādēļ, ka tie reģistrēti kā preču zīmes. Šīs normas mērķis tādējādi ir aizsargāt vispārējās intereses, kas prasa, lai visi varētu brīvi izmantot šādus apzīmējumus vai norādes (Tiesas 2003. gada 23. oktobra spriedums lietā C-191/01 P ITSB/*Wrigley*, *Recueil*, I-12447. lpp., 31. punkts; Vispārējās tiesas 2002. gada 27. februāra spriedums lietā T-219/00 *Ellos*/ITSB (“ELLOS”), *Recueil*, II-753. lpp., 27. punkts, un 2011. gada 7. jūlija spriedums lietā T-208/10 *Cree*/ITSB (“TRUEWHITE”), Krājumā nav publicēts, 12. punkts).

17 Turklāt apzīmējumi vai norādes, kas tirdzniecībā var norādīt to preču vai pakalpojumu īpašības, attiecībā uz kuriem reģistrācija pieteikta, saskaņā ar Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunktu ir tādi apzīmējumi, kas nevar pildīt preču zīmes pamata funkciju, proti, identificēt preces vai pakalpojuma komerciālo izcelsmi, sniedzot iespēju patērētājam, kurš ir iegādājies ar preču zīmi apzīmēto preci vai pakalpojumu, nākamās iegādes gadījumā atkārtoti izdarīt to pašu izvēli, ja pieredze ir bijusi pozitīva, vai izdarīt citādu izvēli, ja tā ir bijusi negatīva (skat. iepriekš 16. punktā minētos spriedumus lietā ITSB/*Wrigley*, 30. punkts, un lietā “TRUEWHITE”, 13. punkts).

18 No tā izriet – lai apzīmējumam piemērotu šajā normā paredzēto aizliegumu, tam jābūt pietiekami tieši un konkrēti saistītam ar attiecīgajām precēm vai pakalpojumiem, lai ļautu konkrētajai sabiedrības daļai uzreiz un bez jebkādām pārdomām uztvert attiecīgo preču vai pakalpojumu aprakstu vai kādu no to īpašībām (skat. iepriekš 16. punktā minēto spriedumu lietā "TRUEWHITE", 14. punkts un tajā minētā judikatūra).

19 Turklāt ir jāatgādina, ka apzīmējuma aprakstošā rakstura vērtējumu var veikt tikai, pirmkārt, saistībā ar to, kā to uztver konkrētā sabiedrības daļa, un, otrkārt, saistībā ar konkrētajām precēm vai pakalpojumiem (Vispārējās tiesas 2002. gada 27. februāra spriedums lietā T-34/00 *Eurocool Logistik* /ITSB ("EUROCOOL"), *Recueil*, II-683. lpp., 38. punkts, un iepriekš 16. punktā minētais spriedums lietā "TRUEWHITE", 17. punkts).

20 Saistībā ar konkrēto sabiedrības daļu un kā būtībā pamatoti konstatēts apstrīdētā lēmuma 12. un 13. punktā, strīdīgie pakalpojumi ir paredzēti gan vidusmēra patērētājiem, gan profesionāļiem, un reģistrācijai pieteiktās preču zīmes aprakstošā rakstura vērtējums ir visnozīmīgākais saistībā ar vāciski runājošo sabiedrības daļu, ņemot vērā šīs preču zīmes elementus. Līdz ar to reģistrācijai pieteiktās preču zīmes aprakstošais raksturs ir jāizvērtē – turklāt to prasītāja neapstrīd – no Eiropas Savienības vāciski runājoša vidusmēra patērētāja viedokļa.

21 Kā to ir norādījusi Apelāciju padome, reģistrācijai pieteiktā preču zīme sastāv no savienotiem elementiem "fluege" un ".de"; pirmais no šiem elementiem ir vācu vārda "Flüge" (lidojumi) variants, kurš uzrakstīts ar mazajiem burtiem un ar burtu grupu "ue" burta "ü" vietā, un otrais no šiem elementiem ir pirmā līmeņa domēns, kas saistīts ar neatkarīgu valsti vai teritoriju (*country code Top-Level Domain* (*ccTLD*)), šajā gadījumā Vāciju.

22 Apelāciju padome ir uzskatījusi, ka, analizējot elementu "fluege", ir jāņem vērā tas, ka konkrētā sabiedrības daļa ir pieradusi pie interneta adrešu rakstības īpatnībām. Šo īpatnību starpā tā norāda, ka šīs interneta adreses parasti tiek rakstītas ar mazajiem burtiem, ka tādi īpašie simboli kā burti "ä", "ü", "ö" un "β" ir bieži aizstāti ar burtu grupu "ae", "ue", "oe" un "ss" un ka tehnisku iemeslu dēļ nav bijis vai nebija iespējams izmantot šos speciālos simbolus. Līdz ar to tā ir uzskatījusi, ka konkrētā sabiedrības daļa, zinot šīs īpatnības, neuzskata tās par atkāpēm no lingvistiskās prakses.

23 Prasītājai neizdodas efektīvi apstrīdēt šo apsvērumu. Konkrētāk, tās apgalvojums, saskaņā ar kuru Apelāciju padome neesot ņēmusi vērā to, ka no 2004. gada pastāv iespēja izmantot akcentētos simbolus (tādu kā burts "ü") interneta adresēs, nav pretrunā Apelāciju padome izvirzītajam apstāklim, ka akcentētie simboli bieži vien tiek aizstāti ar burtu grupu, un šīs padomes vērtējumam, saskaņā ar kuru vārdu "fluege" konkrētā sabiedrības daļa var spontāni uztvert kā vienkāršu vācu vārda "Flüge" rakstības variantu, kas interneta kontekstā nav neierasts.

24 Apstāklis, ka reģistrācijai pieteiktajā preču zīmē vārdam "fluege" seko pirmā līmeņa domēns ".de", pretēji prasītājas apgalvotajam, nenozīmē, ka konkrētā sabiedrības daļa pievērsīs lielāku uzmanību šim vārdam.

25 Tieši pretēji, tas, ka reģistrācijai pieteikto apzīmējumu, ņemot vērā tā nobeigumu ".de", šī sabiedrības daļa vispirms uztver kā domēna vārdu un līdz ar to kā norādi uz interneta adresi, drīzāk nozīmē, ka minētā sabiedrības daļa piešķirs mazāku vērību tam, ka vārds "fluege" sastāv no mazā sākuma burta un tajā ir ietverta burtu grupa "ue".

26 Ir jāpiebilst, ka vārda, kas ir aprakstošs un kam nav atšķirtspējas, savienošana ar elementu, kas atbilst pirmā līmeņa domēnam (piemēram, pirmā līmeņa domēnam ".de") neizraisa to, ka šādi izveidotam apzīmējumam, ko konkrētā sabiedrības daļa var spontāni identificēt kā domēna vārda un līdz ar to kā norādi uz interneta adresi, tiek piešķirta atšķirtspēja. Šāda domēna atšķirtspējīgā daļa nav pirmā līmeņa domēns, ko, iespējams, veido punkts un burtu grupa, kas atbilst valsts kodam, bet, lielākais, otrā līmeņa domēns, kuram pievienots pirmā līmeņa domēns.

27 Apgalvojums, ko būtībā ir paudusi prasītāja, ka preču zīme, ko veido domēna vārds, būtu jāaizsargā, pat ietverot aprakstošu vārdu, jo visi interneta lietotāji zinot, ka pat aiz domēna vārda, kas izveidots no aprakstoša vārda, tie sastaps viena vienīga komerciāla pakalpojumu sniedzēja portālu, ir jānoraida.

28 Jānorāda, ka domēna vārds pats par sevi, lielākais, norāda vienīgi uz interneta adresi, nevis uz konkrēta preču ražotāja vai pakalpojumu sniedzēja komerciālo izcelsmi. Domēnu vārdu piešķiršanas prakse un domēnu vārdu izmantošana nenosaka domēna vārda spēju tikt reģistrētam par Kopienas preču zīmi, ņemot vērā Regulā Nr. 207/2009 definētos absolūtos reģistrācijas atteikuma pamatojumus.

29 Šajā ziņā ir jāatgādina nepieciešamība nošķirt tiesības, kas izriet no domēna vārda reģistrācijas, no vienas puses, un tiesības, kas izriet no apzīmējuma reģistrēšanas par Kopienas preču zīmi, no otras puses. Tas, ka lietas dalībniekam ir tāds domēna vārds kā "fluege.de", nenozīmē, ka šis domēns šī apstākļa dēļ var tikt reģistrēts kā Kopienas preču zīme. Lai to izdarītu, tam ir jāatbilst visiem nosacījumiem, kas šajā ziņā paredzēti Regulā Nr. 207/2009 (Vispārējās tiesas 2007. gada 12. decembra spriedums lietā T-117/06 *DeTeMedien*/ITSB ("suchen.de"), Krājumā nav publicēts, 44. punkts).

30 Tādējādi jebkurš arguments, kas ir saistīts ar pieejamības prasības neesamību sakarā ar iespējamajām ekskluzīvajām tiesībām, kuras iegūtas saistībā ar attiecīgo domēnu vārdu, nav akceptējams (šajā ziņā skat. iepriekš 29. punktā minēto spriedumu lietā "suchen.de", 44. punkts).

31 No visiem iepriekš izklāstītajiem apsvērumiem izriet, ka Apelāciju padome, nepieļaujot kļūdu, varēja būtībā secināt, ka reģistrācijai pieteikto preču zīmi konkrētā sabiedrības daļa var spontāni uztvert kā domēna vārdu, kurš norāda uz interneta lapas adresi aviācijas un lidojumu jomā.

32 Prasītāja apgalvo, ka, pat ja konkrētā sabiedrības daļa uztvertu reģistrācijai pieteikto preču zīmi tādā ziņā, ka ar to tiek norādīts uz vācu interneta adresi, kurā tiek piedāvāti lidojumi, strīdīgajiem pakalpojumiem nav nekādas saiknes vai nav pietiekamas saiknes ar lidojumu piedāvāšanu.

33 Prasītāja norāda, ka nevarot tikt uztverts, ka reģistrācijai pieteiktā preču zīme ir aprakstoša ne saistībā ar "reklāmas", "uzņēmumu pārvaldīšanas" vai "biroja darbu" pakalpojumiem (kas ietilpst 35. klasē), kuri esot nozīmīgi jebkurai komercdarbībai, ne saistībā ar "sabiedriskās ēdināšanas pakalpojumiem (ēdināšana)" un "viesu izmitināšanas pakalpojumiem" (kas ietilpst 43. klasē), ne arī saistībā ar tās vienkāršu starpniecību lidojumu pārdošanā attiecībā uz "transporta", "preču iesaiņošanas un uzglabāšanas" un "ceļojumu organizēšanas" pakalpojumiem (kas ietilpst 39. klasē).

34 Apstrīdētajā lēmumā Apelāciju padome uzskatīja, ka reģistrācijai pieteiktā preču zīme ir aprakstoša saistībā ar visiem strīdīgajiem pakalpojumiem.

35 Apstrīdētā lēmuma 21. punktā Apelāciju padome it īpaši norāda, ka "reklāma" ietver arī lidojumu un aviācijas transporta uzņēmumu reklāmu, ka "uzņēmumu pārvaldīšanai" un "biroju darbiem" var būt īpašs raksturs, kas vērsts aviācijas transporta uzņēmumu īpašo vajadzību virzienā, ka "transports" ietver aviācijas transportu, ka "preču iesaiņošana un uzglabāšana" var ietvert preču aviopārvadājuma transporta pakārtoto mērķi, ka "ceļojumu organizēšana" un "sabiedriskās ēdināšanas pakalpojumi (ēdināšana)" aptver avio ceļojumu organizēšanu un avio pasažieru ēdināšanu un, visbeidzot, ka "viesu izmitināšanas pakalpojumi" var ņemt vērā avio pasažieru īpašās vajadzības, piemēram, lidostu viesnīcas.

36 Apelāciju padome ir uzskatījusi, ka reģistrācijai pieteiktā preču zīme līdz ar to konkrētajai sabiedrībai daļai sniedza acīmredzamu un tiešu informāciju par strīdīgo pakalpojumu būtību (apstrīdētā lēmuma 22. un 23. punkts) un ka minētā preču zīme tādēļ ir šos pakalpojumus aprakstoša Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunkta izpratnē.

37 Pretēji prasītājas apgalvotajam, šis Apelāciju padomes vērtējums nav kļūdains.

38 Vispirms ir jānorāda, ka reģistrācijai pieteiktā preču zīme tādā ziņā, ka to konkrētā sabiedrības daļa var spontāni uztvert kā domēna vārdu, kurā ir norāde uz interneta lapas adresi aviācijas un lidojumu jomā, ir aprakstoša Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunkta nozīmē, jo transporta pakalpojumi ietilpst 39. klasē un, konkrētāk, šajos pakalpojumos ietilpst aviotransporta pakalpojumi.

39 Šajā ziņā nav nekādas nozīmes prasītājas apgalvotajam apstāklim, ka tās konkrētā darbība nav aviotransporta darbība, bet starpniecība lidojumu pārdošanā. Preču zīmes reģistrējamības vērtējums saistībā ar Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunktā paredzētajiem absolūtajiem atteikuma pamatojumiem nekādā ziņā nav atkarīgs no preču zīmes reģistrācijas pieteicēja konkrētās darbības, bet vienīgi no tā, vai šī preču zīme ir aprakstoša saistībā ar precēm un pakalpojumiem, kas aprakstīti preču zīmes reģistrācijas pieteikumā.

40 Jāpiebilst, ka šī apzīmējuma reģistrāciju neliedz atteikt fakts, ka vārdisks apzīmējums ir aprakstošs vienīgi attiecībā uz daļu no reģistrācijas pieteikumā norādītajā kategorijā ietilpstošajām precēm vai pakalpojumiem. Ja šādā gadījumā konkrētais apzīmējums tiktu reģistrēts kā Kopienas preču zīme attiecībā uz konkrēto kategoriju, nekas neliegtu tās īpašniekam to izmantot arī saistībā ar šīs kategorijas precēm vai pakalpojumiem, attiecībā uz kuriem tas ir aprakstošs (skat. Vispārējās tiesas 2008. gada 9. jūlija spriedumu lietā T-304/06 *Reber*/ITSB - *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli* (“Mozart”), *Recueil*, I-1927. lpp., 92. punkts un tajā minētā judikatūra, un iepriekš 16. punktā minēto spriedumu lietā “TRUEWHITE”, 27. punkts).

41 Turklāt, runājot par to, vai reģistrācijai pieteiktā preču zīme papildus “transporta” pakalpojumiem arī ir aprakstoša saistībā ar citiem strīdīgajiem pakalpojumiem, kas ir norādīti preču zīmes reģistrācijas pieteikumā, ir jākonstatē, tāpat kā to ir darījusi Apelāciju padome un iepriekš 35. punktā minēto iemeslu dēļ, ka šie citi pakalpojumi, kas preču zīmes reģistrācijas pieteikumā definēti ļoti plaši, visi var tikt sniegti aviotransporta un lidojumu jomā un var būt tieša saistība ar tiem.

42 Tā kā prasītāja savā preču zīmes reģistrācijas pieteikumā nav veikusi nevienu ierobežojumu, lai no šī pieteikuma jomas izslēgtu šos citus strīdīgos pakalpojumus, ciktāl tie tiek sniegti aviotransporta un lidojumu jomā, Apelāciju padome pamatoti tostarp apstrīdētā lēmuma 20.–22. punktā izklāstīto iemeslu dēļ ir secinājusi, ka Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunkta izpratnē reģistrācijai pieteiktā preču zīme ir tos citus strīdīgos pakalpojumus aprakstoša, kas norādīti preču zīmes reģistrācijas pieteikumā (Vispārējās tiesas 2005. gada 8. jūnija spriedums lietā T-315/03 *Wilfer* /ITSB (“ROCKBASS”), Krājums, II-1981. lpp., 70. punkts, pēc analoģijas skat. Vispārējās tiesas 2010. gada 11. februāra spriedumu lietā T-289/08 *Deutsche BKK*/ITSB (“Deutsche BKK”), Krājumā nav publicēts, 49. punkts).

43 No visiem iepriekš izklāstītajiem apsvērumiem izriet, ka šis pamats par Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta c) apakšpunkta pārkāpumu ir jānoraida kā nepamatots.

Par otro pamatu par Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta pārkāpumu

44 Prasītāja apgalvo, ka, ņemot vērā vārda “fluege” neparasto raksturu vācu valodā un konkrētās sabiedrības daļas īpašo uzmanību, kuru izraisa reģistrētā interneta domēna unikālais raksturs, reģistrācijai pieteiktajai preču zīmei piemīt minimālas atšķirtspējas līmenis, lai tiktu attaisnota tās reģistrācija.

45 ITSB prasītājas nostāju apstrīd.

46 Jāatgādina, ka absolūto atteikumu pamatojumu pārklāšanās it īpaši nozīmē, ka vārdiskai preču zīmei, kas apraksta preču vai pakalpojumu īpašības, šī fakta dēļ var nebūt atšķirtspējas saistībā ar šīm pašām precēm vai pakalpojumiem neatkarīgi no citiem iemesliem, kas var pamatot atšķirtspējas neesamību (skat. Tiesas 2010. gada 18. marta rīkojumu lietā C-282/09 P *CFCMCEE*/ITSB, Krājums, I-2395. lpp., 52. punkts un tajā minētā judikatūra).

47 Izskatāmajā lietā ir konstatēts, ka Apelāciju padome nav pieļāvusi kļūdu, secinot, ka reģistrācijai pieteiktā preču zīme saistībā ar strīdīgajiem pakalpojumiem ir aprakstoša. Šajā ziņā ir tostarp norādīts, ka punkta un burtu grupas, kas atbilst pirmā līmeņa domēnam, pievienošana aprakstošam vārdam, kuram nav atšķirtspējas, neizraisa to, ka šādi izveidotam apzīmējumam, kuru konkrētā sabiedrības daļa var spontāni identificēt kā domēna vārdu, kurš norāda uz interneta adresi, ir atšķirtspēja.

48 No tā izriet, ka šis pamats par Regulas Nr. 207/2009 7. panta 1. punkta b) apakšpunkta pārkāpumu ir jānoraida kā nepamatots.

Par trešo pamatu par atšķirtspēju, kas iegūta reģistrācijai pieteiktās preču zīmes izmantošanas rezultātā

49 Prasītāja apgalvo, ka reģistrācijai pieteiktā preču zīme ir ieguvusi atšķirtspēju, jo tā ir izmantota Vācijā, kā arī citās vāciski runājošās Savienības teritorijās. Tā šajā ziņā ir iesniegusi dokumentus un no tā izsecina, ka reģistrācijai pieteiktā preču zīme ir jāreģistrē un apstrīdētais lēmums jāatceļ.

50 ITSB apgalvo, ka izmantošanas rezultātā iegūtā atšķirtspēja ir izvirzīta novēloti Vispārējās tiesā un katrā ziņā tā nav pierādīta.

51 Ir jāatgādina, ka prasības izskatīšana Vispārējā tiesā ir vērsta uz to, lai pārbaudītu ITSB Apelāciju padomju lēmumu tiesiskumu Regulas Nr. 207/2009 65. panta izpratnē. Turklāt Vispārējās tiesas Reglamenta 135. panta 4. punktā ir paredzēts, ka lietas dalībnieki procesuālajā rakstā nevar mainīt Apelāciju padomē izskatītā strīda priekšmetu.

52 Izskatāmajā lietā no lietas materiāliem izriet, ka prasītāja procesā ITSB nav izvirzījusi apstākli, ka reģistrācijai pieteiktā preču zīme esot ieguvusi atšķirtspēju izmantošanas rezultātā Regulas Nr. 207/2009 7. panta 3. punkta izpratnē. Līdz ar to jautājums par atšķirtspēju, kas iegūta attiecīgā vārdiskā apzīmējuma izmantošanas rezultātā, nav ticis izskatīts ITSB.

53 Šajā ziņā ir jāatgādina, ka gan *ex parte* procesā, gan *inter partes* procesā izmantošanas rezultātā iegūtās atšķirtspējas izvirzīšana ir autonoms juridisks jautājums salīdzinājumā ar jautājumu par attiecīgai preču zīmei raksturīgo atšķirtspēju. Līdz ar to, ja puse procesā ITSB nav izvirzījusi atšķirtspēju, ko ieguvusi tās preču zīme, ITSB pēc savas ierosmes nav jāizvērtē šādas atšķirtspējas pastāvēšana (skat. Vispārējās tiesas 2010. gada 10. marta spriedumu lietā T-31/09 *Baid*/ITSB (“LE GOMMAGE DES FACADES”), Krājumā nav publicēts, 41. punkts un tajā minētā judikatūra).

54 Līdz ar to Vispārējai tiesai nav jālemj par šo jautājumu, kurš nebija iekļauts strīda priekšmetā Apelāciju padomē.

55 Trešais pamats tādēļ ir jānoraida.

56 No visiem iepriekš izklāstītajiem apsvērumiem izriet, ka prasība ir jānoraida.

Par tiesāšanās izdevumiem

57 Atbilstoši Reglamenta 87. panta 2. punktam lietas dalībniekam, kuram spriedums ir nelabvēlīgs, piespriež atlīdzināt tiesāšanās izdevumus, ja to ir prasījis lietas dalībnieks, kuram spriedums ir labvēlīgs. Tā kā prasītājai spriedums ir nelabvēlīgs, tai jāpiespriež atlīdzināt tiesāšanās izdevumus saskaņā ar ITSB prasījumiem.

Ar šādu pamatojumu

VISPĀRĒJĀ TIESA (otrā palāta)

nospriež:

1) prasību noraidīt;

2) *Unister GmbH* sedz savus, kā arī atlīdzina Iekšējā tirgus saskaņošanas biroja (preču zīmes, paraugi un modeļi) (ITSB) tiesāšanās izdevumus.

Forwood Dehousse Schwarcz

Pasludināts atklātā tiesas sēdē Luksemburgā 2013. gada 14. maijā.

[Paraksti]